telst einer Klage zu verfolgenden, Rechts anerkennen könnte; und doch thut dies das Gesetz, indem eines Theils dem Beklagten das Recht abgesprochen wird, das durch die condictio indebiti zurückzufordern, was er seinem Kläger nach Verlauf der Verjährungszeit auf die ursprüngliche Schuld bezahlte oder leistete [7]), andern Theils aber überhaupt die auslöschende Verjährung nicht sowohl als eine Institution zur Vernichtung des Rechts und der Verbindlichkeit an sich darstellt, als vielmehr nur als eine Institution des dem Berechtigten zustehenden Klagerechts [8]).

---

## XXX.

## Erklärung des §. 3. Inst. de emtione venditione 3. 24 *).

Von Gensler.

Es glaubte von Löhr [1]), „nach den Pandectenfragmenten der römischen Juristen sey es zweifelhaft, ob der Verkäufer die verkaufte Sache bis zur Tradition custodiren müsse, Ul-

---

7) M. vergl. Weber systematische Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. Abthlg. III. S. 56 f.

8) M. vergl. Weber a. a. O. und desselben Beiträge zu der Lehre von den Klagen und Einreden. St. 1. S. 10. in d. Anmerkg. n. 14. S. 56.

*) Vergl. Hasse, die Culpa des Römischen Rechts §. 98. S. 315 ff. Ich spinne hier nur aus, was ich vor Hasse bereits gesagt hatte. Daß ich auch nicht Einen Gedanken aus seinem Reichthum schöpfe, wird die Vergleichung ergeben.

1) In der Theorie der Culpa, §. 23. nr. 4. S. 150 f.

pian enthebe ihn dieser Pflicht, und Justinian bestätige solches in obiger Gesetzstelle ausdrücklich, daher man dieser den solches in obiger Gesetzstelle ausdrücklich, daher man dieser den Vorzug geben und annehmen müsse, es habe der Verkäufer keine custodiam zu prästiren" Jene erste Ungewißheit aber ist in die Gesetze gewaltsam hineingetragen, wie dieses sich aus ihrem Buchstaben ergiebt; und der §. 3. Inst. enthält mehr eine Bestätigung der Verbindlichkeit zur gesetzlich, d. h. stillschweigend, eintretenden, Verbindlichkeit des Verkäufers zur custodia [2]), als deren ausdrückliches Verbannen.

Betrachtet man nämlich den ganzen [3]) Zusammenhang jenes Gesetzes, so erscheinen in diesem folgende Verordnungen:

A) Sobald der Kauf perfect ist, müsse der Käufer auch vor der Tradition die zufällige Vernichtung, oder Verschlechterung, als ein ihn treffenden Zufall ansehen und dennoch das ganze Kaufgeld dem Verkäufer zahlen; es wäre denn, daß Dolus oder Culpa des letztern jenem vernichtenden oder verschlechternden Casus sich beimischen. —

B) Wenn ein verkaufter Mensch — ein Sklave — in jenem Zwischenraum entlaufe, oder surripirt werde, und

1) Der Verkäufer habe custodiam nicht versprochen, auch könne man ihm in Hinsicht auf die Flucht oder Surreption weder eine dolose, noch culpose, Veranlassung oder Beförderung beimessen, so sey er, wie im Falle A., auch securus, d. h. es bleibe bei der Regel, „daß der Käufer den reinen Zufall trage." Habe hingegen

2) Der Verkäufer custodiam versprochen, so gehe is casus, d. h. die Flucht oder Surreption des Sklaven, auf seine, des Verkäufers, eigene Rechnung.

---

2) Unbekehrt bleibe ich treu dem Begriff der custodia, (als strenge Bewahrungs- und Erhaltungs-Pflicht, Wachsamkeit gegen Vernichtung und Verschlechterung) welchen ich in meinem exerc. ad doctr. de culpa nr. IV. aufgestellt habe. Beispiele sind keine allgemeinen Begriffe.

3) v. Löhr a. a. O. S. 155 läßt den Anfang hinweg.

Der Satz unter B. 1. enthält nun nichts weiter, als das in den Pandecten auch oft ausgesprochene Rechtsprincip: „servi (de regula) custodiri non solent [4].“

Der Satz unter B. 2. aber spricht soviel aus: „wenn jemand entweder a) nach der Natur des Rechtsgeschäfts zur custodia nicht pflichtig ist [5], solche jedoch durch ein ausdrückliches Versprechen übernimmt, oder b) bei einem Rechtsgeschäft, in Rücksicht auf welches das Gesetz schon Vorsehung gethan, und ihm die custodia, als stillschweigend sich von selbst verstehend, aufgelegt hat, desungeachtet durch ein pactum adjectum die custodia ausdrücklich übernimmt, so soll in beiden Fällen jener Nebenvertrag so ausgelgt werden [6], als habe er auch das peri-

---

4) Paulus L. 21. Dig. 6. 1. Ulpianus L. 5. 6. 13. 18. D. 13. 6. Ulpianus L. 23. D. 50. 17. Den von der Vernunft sich aufdringenden Grund dieser mit der Vernunft des Sklaven begründeten Ausnahme habe ich angegeben in den Ex. ad doct. de culpa nr. Obs. 3. pag. 53. Dabei versteht sich aber von selbst, daß der Verkäufer des Sklaven dennoch diejenige custodia, Obhut, Aufsicht, auf jenen bis zur Tradition zu verwenden hatte, welche quivis paterfamilias idoneus auf seine eigenen Sachen verwenden soll, will er dieses Namens würdig seyn. ibid. pag. 39.

5) Wie bei der fuga und surreptio der gefesselten Sklaven.

6) Weil anzunehmen ist, die Contrahenten haben durch jenes pactum adjectum etwas höheres feststellen wollen, als sich gesetzlich von selbst schon verstand. Arg. L. 5. §. 2. in fine. D. 2. 7. L. 1. §. 2. D. 2. 2. In der L. 35. §. 4. D. 18. 1. will Gajus auch nichts weiter sagen, als: wenn der Verkäufer eine custodia nicht ausdrücklich verspricht, so stehet er nicht für den reinen Zufall, er hat nur die custodia nach dem regelmäßigen Begriff mit der Diligenz eines boni, nicht blos eines idonei, patris familias zu prästiren. Ueber den Fall „wenn der Verkäufer custodiam ausdrücklich verspricht,“ scheint Gajus zu schweigen; allein schlußgerecht

culum casus übernommen — als habe er versprochen, für die Tradition auf jeden Fall zu haften 7).

Indem Justinian also fortfährt: „idem ut in caeteris animalibus caeterisque rebus intelligimus," beziehet er sich mit diesen Worten keineswegs auf die weder gesetzlich noch vertragsweise vercustodirte fugas et surreptionem servorum, und die deshalb unter B. 1. gegebene Vorschrift

---

folgt aus der Stellung seiner Frage und deren Beantwortung, „daß dann des Verkäufers Verbindlichkeit höher stehe," d. h. daß er das periculum casus übernehme; wie Justinian §. 3. cit. vielleicht aus Gajus, wörtlich ausspricht.

7) Es soll also in diesem Fall das Wort custodia einen höhern, als den regelmäßigen Sinn erhalten, und das bei ihr sonst ausgeschlossene periculum casus in sich begreifen. Eine solche custodia nennt Theophilus: „eine hyperbolische Sorgfalt, oder übermäßige Obhut. G. exerc. ad doctr. de culpa Ex. IV. pag. 62 sq. Man erwartet aber von Hasse noch eine bessere Uebersetzung, als: „übermäßige, d. h. das gesetzliche Maas, die regelmäßige Begriffgränze, überschreitende Obhut. Vorläufig bewundere man desselben Scharfwitz in der Note a. S. 517. seiner R. C., wo ihm auch unbegreiflich ist, daß doch wohl auch der höchste Fleiß oben eine Gränze haben müsse, und nach L. 6. et 9. §. 2. D. 22. 6. die zudringliche Töpfenschau eines Naseweisen Küchenspions nicht in sich begreifen könne. Dieses behauptete ich nicht was H. mir andichtet. Vergl. Note 12.

Der Grund, warum in Ansehung der ungefesselten Sklaven durch den Vertrag von der Nichtcustodie zum periculum casus herauf gesprungen wird, liegt der practischen Vernunft darinnen, weil die regelmäßige, bei unvernünftigen Thieren und leblosen Sachen anwendbare, custodia in Hinsicht auf ein Vernunftwesen unausführbar ist, will man es nicht in Fesseln schlagen, oder in das Gefängniß sperren. So etwas unsinniges, wenigstens unmenschliches, wollte kein röm. Jurist behaupten und Justinian nicht verordnen. Darum sollte die versprochene custodia sofort das periculum casus bezeichnen, damit das pactum adjectum einen Sinn erhalte.

zurück, sondern nur soviel will er aussprechen: „das Princip unter B. 2. soll als allgemein auf alle verkaufte, lebendige und leblose, Sachen angewandt werden;" d. h. welcher zur custodia schon gesetzlich verbundene Verkäufer derselben zur custodia sich noch besonders verpflichte, der solle ebenfalls bis zur Tradition auch das periculum casus, interitus vel deteriorationis, behalten und tragen [8]), ohne Rücksicht auf Culpa.

Dieses Princip der Institutionen stört nur die Gesetze der Pandecten nicht im mindesten, welche das klare Resultat geben: „von der fuga et surreptio servorum abgesehen [9]), habe jeder Verkäufer einer lebendigen oder leblosen Sache die stillschweigend eintredende Verbindlichkeit zur custodia in dem regelmäßigen Sinn auf sich [10]), in deren Gefolge er, als zur

8) Man übersehe hier nicht, daß diesen Orts von der versprochenen custodia einer rei dandae vel praestanda die Rede ist, nicht aber von einem Miethling zur custodia. Vergl. L. 40 et 41. D. loc. cond. 19. 2. In solchem Fall ist die promissio custodiae der Hauptvertrag.

9) Leg. not. 4.

10) Gajus, L. 35. §. 4. Dig. 18. 1. Paulus, L. 3. D. 18. 6. Alfenus L. 11. huj. tit. Paulus L. 12. huj. tit. Das Wort periculum bezeichnet hier periculum custodiae, nicht casus. Es war ein culposes, mithin mit der Verbindlichkeit, lectos emtos bis zur Tradition zu bewahren und unversehrt zu erhalten, unverträgliches Wagestück, selbige auf die öffentliche Straße zu setzen, wo die Policei sie zerschlagen durfte. Ferner Paulus L 14. §. 1. Dig. ej. tit. Auch hier wird durch periculum die custodia angedeutet, welche unter andern die Verbindlichkeit in sich faßt, die verkaufte Sachen ante traditionem gegen heimlichen Diebstahl zu bewahren. So bedarf es der Erklärung nicht, jenes letzte Gesetz spreche von einer anzuweisenden, zuzuzählenden, Sache, wiewohl, spräche das Gesetz hiervon, es auch dann mit dem Complex der Gesetze in klarer Harmonie stehen würde.

Diligenz, Wachsamkeit, immer pflichtig [11]), zwar auch für

---

L. 35. §. 5. sq. D. 18. 1. Thibaut in dem System. des and. R. §. 175. Glück zu Hellf. §. 1033. Desgleichen Ulpianus L. 17. §. 9. D. 39. 2. Hier unterscheidet Ulpian die Periode vor und nach der Tradition und sagt wortdeutlich: »in jenem ersten Zeitraum müsse der Verkäufer custodiam prästiren« Ulpianus L. 14. pr. et §. 1. Dr. 47. 2. Auch hier ndet sich Wortklarheit, und Ulpian würde das von Löhr a. a. O. S. 154. ihm eingeschobene, ihn mit sich selbst in Widerspruch setzende, non unfreundlich auswerfen. Faßt man dabei den wahren Begriff der custodia als partem diligentiae exactioris auf, als strengen Bewahrungs- und Conservationsfleiß, so ist es für das allgemeine schon genug, wenn ein Gesetz spricht: „der Verkäufer prästire bis zur Tradition diligentiam oder culpam, und zwar omnem, insofern die verkaufte ache vor der Tradition zu Grunde gehe, oder verschlechtert werde.“ Und so hat Ulpian auch in der L. 13. §. 16. D. 19. 1. et L. 31. §. 11. u. 12. D. 21. 1. des Verkäufers gesetzliche Pflicht zur custodia zweckdeutlich ausgesprochen, ja in der L. 31. §. 12. cit. sogar mit einem Beispiel belegt, wie man die Conservationsverbindlichkeit faciendo et non faciendo verletzen könne. Auch folgt ja schon aus Ulpians wörtlicher Ausnahme der Custodie wegen Flucht der Sklaven, z. B. in L. 27. D. 50. 17., daß er derselben Verbindlichkeit in Hinsicht auf andere Sachen als notorisch und zweifellos voraussetze, wo diligentia in sp. zu prästiren ist.

Wie nun Justinian alle jene Fragmente in die Pandecten aufnehmen und dennoch in den Institutionen das auch an sich verkehrte Gegentheil aufstellen könne, das bliebe unerklärbar.

11) Und zwar zur höchsten Aufmerksamkeit, um den das periculum casus meri tragenden Käufer möglichst sicher zu stellen, und so die gegenseitigen Verbindlichkeiten der Contrahenten in ein gerechtes Gleichgewicht zu setzen. Paulus L. 3. D. 18. 6. L. 36. D. 19. 1. custodiam et diligentiam. Alfenus L. 11. D. 18. 6. quam debent homines frugi et diligentes. Ulpians L. 17. §. 9. D. 39. 2. omnem diligentiam. G. Exerc. ad doctr. de

den heimlichen gewaltlosen Diebstahl [12]), keineswegs jedoch

---

culpa. Ex. IX. pag. 215. nr. 5. aus dem Fragment des Gajus L. 35. §. 4. D. 18. 1. folgt hierbei keineswegs, daß ein Unterschied zwischen der diligentia exactior und summa nicht sey; denn Gajus beschäftigt sich dort blos mit der Frage: „ob der Verkäufer mehr, als Diligenz in custodiendo, zu leisten, ob er nicht auch das periculum casus zu tragen habe? und die Antwort ist: nur diligentiam boni patrisfamilas in custodiendo hat er zu prästiren, versprach er nicht ausdrücklich, zu custodiren. Eben die diligentia boni patrisfamilias scheidet sich, nach nähern, hier außer des Gaji Reflection liegenden, Bestimmungen, in die des ersten und zweiten Grades, gränzt oben an den Casus und unten an die niedere diligentia quam quivis paterfamilias idoneus suis rebus adhibere solet. G. in exerc. ad doctr. de culpa Ex. VIII. §. 2. sq. ibi leg.

12) Dies folgt unter andern schon daraus, daß der Käufer die actio furti nicht hatte, sondern sie erst durch Cession von dem Verkäufer bekommen konnte. L. 14. pr. D. 47. 2. und daß überhaupt jeder zur custodia Verbindliche rem praestandam vel reddendam gegen den heimlichen Dieb sichern muß, weil das Gesetz annimmt, der diligens vermöge dies durch strenge Sogfalt. Vergl. Löhr, in den Beitr. nr. VI. pag. 176. ibi all. Glück zu Hellfeld, §. 1083. S. 147. Dahingegen haftet er nicht für Raub und gewaltsamen Diebstahl, z. B. durch Einbruch, L. 31. pr. Dig. 19. 1. et arg. L. 8. Cod. 4. 65. Dies ist, als die Sorgfaltskräfte überschreitend, dem reinen Zufall gleich, und davon ist zu verstehen L. 19. D. 13. 6. L. 41. D. 19. 2. Aber auch bei dem heimlichen Diebstahl läßt sich eine ungewöhnliche Geisteskraft, eine regelwidrige Schlauheit und Geschicklichkeit, des Diebes der Körperkraft gleich achten. G. in Exerc. ad doct. de culpa. Ex IV. Obs. 2. not. 1. pag. 52. Arg. L. 35. §. 4. D. 18. 1. Hier zeigt sich ungefähr eine, dem Herrn Professor Hasse zum Beispiel dienende, Gränze der summa diligentia. Setzt sich der Custos auf die zu bewahrenden Sachen und bleibt Tag und Nacht bis zur Tradition darauf sitzen, so wird er mit Menschenkräften die höchste diligentiam in custodiendo aus-

für den unverschuldeten, seiner Seits reinen, Zufall haften müsse [13].

Können aber zwei Gesetze neben einander bestehen, so ist die Auslegung zu ergreifen, welche sie in einander einfügt [14]. —

C) In den Fällen, wo der Verkäufer der Pflicht zur custodia gesetzlich enthoben ist [15], oder, obgleich hierzu gesetzlich pflichtig, doch bewiesen hat, „daß er die gesetzlich schuldige custodiam diligentem wirklich und voll anwendete," [16]) solle derselbe, wurde die perfect verkaufte lebendige oder leblose Sache vor der Tradition von einem Dritten gestohlen, vernichtet oder beschädigt, dem Käufer alle wider jenen Dritten Platz greifende Klage an Statt der Tradition des unversehrten Kaufobjects cediren [17].

Sonderbar scheint es, daß hierunter als Gegenstand der Cession auch die actio furti mit genannt ist, zu welcher doch sonst nur derjenige befugt sein soll, welcher ein eigenes In-

---

üben. Allein eine solche custodia zu denken oder zu verordnen, hält der vernünftige Gesetzgeber für unvernünftig. Dies, und nichts weiter, habe ich aus L. 6. D. 22. 6. a. a O. p. 65 beweisen wollen. Ich überlasse es aber dem witzigen und allein klugen Hasse gar gern, Unsinn zu finden, und bin es zufrieden, wenn er glauben will, Theophilus berechtige ihn hierzu. Vergl. Note 7.

13) L. 11. D. 18. 6. L. 31. pr. D. 19. 1. L. 14. pr. D. 47. 2.

14) Thibaut, in dem Syst. des Pand. R. §. 89.

15) Bei der fuga et surreptio servorum.

16) Z. B. wenn ein Dritter die vom Verkäufer zu custodirende verkaufte Sache raubte, oder mit durch custodia nicht abzuwendender Gewalt vernichtete, beschädigte u. s. w. L. 23. Dig. 50. 17. oder auch nur auf eine solche heimliche Weise stahl, von welcher auch die höchste Sorgfalt eines diligentis patrisfamilias überwunden wurde. M. s. Note 12 u. 13.

17) Auch dieses sprechen die Pandecten in mehreren Fragmenten aus. Z. B. L. 14. pr. D. 47. 2. L. 31. D. 19. 1.

teresse an dem Nichtgeschehenseyn des Diebstahls hat [18]). Denn dieses Interesse mangelt dem resp. zur custodia gar nicht verbundenen, und resp. durch die als geleistet bewiesene custodia von der Tradition frei gewordenen, dennoch aber zur Klage auf Zahlung des Kaufgeldes gegen den Käufer berechtigt bleibenden, Verkäufer [19]). Allein Justinian zeigt darauf hin, daß von den Rechten des Eigenthümers die Rede ist [20]), die bis zur Tradition der verkauften Sache bei dem Verkäufer verbleiben und diesen selbst zur Anstellung der actio furti aus mehrfachem Interesse befugen [21]).

So zeigt sich überall volle Harmonie der Pandecten und Institutionen, und Justinian würde sich durch die Vorschrift: „obgleich nach perfectem Kaufcontracte der Käufer periculum interitus et deteriorationis tragen, folglich bei rein casueller Vernichtung oder Verschlechterung des Objects das volle Kaufgeld bezahlen müsse, so solle dennoch der Verkäufer der Verbindlichkeit enthoben seyn, die verkaufte Sache, bis zur Tradition sorgfältig zu custodiren," wirklich eines sehr tadelhaften Mißgriffs schuldig gemacht haben, indem auf diese Weise der Käufer und dessen Vermögen der Sorglosigkeit des Verkäufers preisgegeben und das öffentliche Commerz, zum herben Nachtheil des Staates, in ein gefährliches Mißverhältniß versetzt wäre. Aber auch Ulpian war weit entfernt, ein für das practische Leben so schädliches, von jeder Gesetzgebung zu scheuendes, Princip aufzustellen. Auch die Beschränkung des §. 3. Inst. auf furtum und damnum injuria datum ist hineingetragen.

18) L. 10, 11. 12 et 14. §. 6. 10. 12 et 17. D. 47. 2.

19) §. 3. Inst. all. ibi verba: emptores damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere.

20) Quia vel adhuc ipse dominus est, §. 3. Inst. cit.

21) Eben so L. 31. pr. D. 19. 1. und L. 14. pr. D. 47. 1., so wie L. 80. huj. tit. wo auch die Verbindlichkeit ad praestandas actiones als Interesse berührt wird. Eine hiermit verwandte Streitfrage entscheidet Justinian L. 22. Cod. 6. 2. coll. §. 13. Inst. 4. 1.